

1.2. COMENTÁRIOS À LEI DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

ÂNGELO ANSANELLI JÚNIOR

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. A violação do princípio da isonomia. 2. A violação do princípio da proporcionalidade. 3. As medidas a serem adotadas pela autoridade policial. 4. A competência. 5. A renúncia à representação. 6. A ação penal. 7. A violação do princípio da individualização da pena. 8. As medidas protetivas. 9. Considerações finais sobre a Lei de Violência Doméstica. 10. Referências bibliográficas.

Em 7 de agosto de 2006, foi promulgada a Lei nº 11.340, que regulamentou as questões referentes à violência doméstica contra a mulher, contendo inúmeras disposições difíceis de compatibilizar com as demais leis.

1. A violação do princípio da isonomia

Primeiramente, é de se ver que o art. 4º coloca a mulher como hipossuficiente, equiparando-a a crianças e adolescentes, o que se nos mostra inconcebível, ante o disposto no art. 5º, I, da CF/88, que reza que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Ora, ao equiparar homens e mulheres, tem-se que o legislador constitucional só admite o tratamento diferenciado entre ambos, em hipóteses restritas, como no caso da aposentadoria, em que o limite de idade para as mulheres é menor. O artigo 3º preceitua que se devem assegurar às *mulheres* condições para o exercício de uma série de direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, Souza (2007), com quem fazemos coro, acertadamente afirma:

[...] que a própria lei, que procura evitar a discriminação, é, por si, discriminatória, por que afasta a sua incidência protetiva quando a violência doméstica e familiar tiver como vítima uma *pessoa do sexo masculino*, o que, por si só, faz crer que é possível que se questione a sua constitucionalidade, pois pode afrontar o disposto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Republicana, que estabelece o princípio da isonomia entre homens e mulheres.

A edição de leis sem a devida reflexão tem levado à confusão para o intérprete, pois várias disposições são inconciliáveis, incoerentes, e, por vezes, violentadoras de princípios constitucionais. O 3º *Encontro de Juizes de Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais Criminais do Estado do Rio de Janeiro* teve como discussão principal referida lei. Segundo os Juizes, é inconstitucional o artigo 41 da nova Lei que diz não ser aplicável a Lei nº 9.099/95 (dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente

da pena prevista. Para eles, esse artigo afasta os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma do artigo 98, I, e 5º, I, da Constituição Federal. No mesmo sentido, posiciona-se Souza (2007), que ensina:

Entretanto, se for mulher a vítima de lesão corporal leve, ainda que qualificada (art. 129, § 9º, do CP), nas circunstâncias da lei em análise (art. 7º), não se aplica a Lei nº 9.099/05, por força do referido artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, o que faz que, nesta hipótese, a lesão corporal leve, ainda que qualificada, seja de ação penal pública incondicionada, não se admitindo suspensão condicional do processo, apesar de a pena mínima ser de três meses, o que fere o princípio da isonomia, pois a lei prevê tratamento diferenciado para pessoas em circunstâncias jurídicas iguais, sendo, portanto, inconstitucional.

Com razão os magistrados fluminenses. O legislador, em razão do princípio da isonomia, não poderia afastar a incidência dos institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo, somente pelo fato de a mulher ser vítima de delito perpetrado no seio de sua casa, uma vez que isso cria situação injusta e violentadora do princípio da igualdade. Imaginemos que a mulher seja vítima de uma lesão corporal leve praticada pelo seu marido e faça a representação. O suposto autor, obrigatoriamente, será denunciado, e, ao final, condenado, sem que lhe fosse concedido o direito à transação penal. No caso da situação inversa, ou seja, se o homem for vítima de uma lesão leve praticada pela sua esposa, ela será beneficiada com a transação penal, o que evidencia a violação do princípio da isonomia. Não poderia o legislador eleger o sexo (no caso a qualidade de vítima, a mulher) e nem as circunstâncias (violência doméstica) como elemento diferenciador para vedar a aplicação dos institutos despenalizadores.

O mesmo ocorreria no caso de uma lesão grave. O homem, autor do delito, não poderia ser beneficiado com a suspensão condicional do processo, devendo o feito tramitar até o final da sentença. Já a mulher autora do mesmo crime gozaria da suspensão em flagrante violação do princípio da igualdade. Comungando com nossa opinião, Santin (2006, grifo nosso) defende que a lei é discriminatória e violadora do princípio da igualdade, pois impede o homem, quando autor, de se beneficiar de institutos despenalizadores. Assim ensina:

Em relação à violência doméstica, o constituinte delineou a garantia de assistência à família a cada um dos integrantes e mecanismos de coibição da violência doméstica e familiar (art. 226, § 8º, CF). Como se vê, a pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura ‘politicamente correta’, a nova legislação

é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina. *Pelo texto normativo, a mulher (sexo feminino) vítima será beneficiada por maiores mecanismos de proteção e de punição ao homem (sexo masculino) agressor enquanto o homem vítima será prejudicado pela ausência de instrumentos de proteção especial e menor sanção à mulher agressora. Se a mulher for agredida, recebe proteção policial e medidas protetivas; ao homem agredido, não há previsão de proteção policial nem medida protetiva. O homem agressor pode ser preso preventivamente por violência doméstica e obrigado a frequentar programas de recuperação e reeducação; não há previsão legal em relação à mulher agressora. A sanção deve ser igual ao agressor masculino ou feminino. A proteção e repressão devem ser dirigidas a todos, com a utilização de termos como 'cônjuge' ou 'convivente' ou 'familiar' ou equivalentes, observando que são adequados os termos como 'criança', 'adolescente' ou 'idoso', comuns de dois gêneros, para expressão legislativa de outros diplomas legislativos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).⁶*

Em sentido contrário, Gomes (2006) ensina:

A Lei 11.340/2006 constitui exemplo de ação afirmativa, no sentido de buscar uma maior e melhor proteção a um segmento da população que vem sendo duramente vitimizado (no caso, mulher que se encontra no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima). O art. 5º, I, da CF diz que 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição'. Mas o tratamento diferenciado em favor da mulher (tal como o que lhe foi conferido agora com a Lei 11.340/2006) justifica-se, não é desarrazoado (visto que a violência doméstica tem como vítima, em regra, a mulher). Quando se trata de diferenciação justificada, por força do critério valorativo não há que se falar em violação ao princípio da igualdade (ou seja: em discriminação, sim, em uma ação afirmativa que visa a favorecer e conferir equilíbrio existencial, social, econômico, educacional etc. a um determinado grupo).

⁶ V. também no sentido da inconstitucionalidade: Sampaio; Fonseca (2006, p. 4).

Nucci (2006), no mesmo esteio da lição de Gomes (2006), assevera que a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito) possibilitou, através do parágrafo único, a aplicação do instituto da transação penal nos crimes de lesão corporal culposa, participação em competição (racha) e embriaguez ao volante, sendo que este último delito (previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97) prevê pena máxima de três anos. Argumenta o autor que a lei pode alterar o conceito de crime de menor potencial ofensivo para situações específicas, motivo pelo qual a possibilidade de transação penal em face da prática do delito mencionado seria válida.

Por isso, afirma Nucci (2006, p. 884), “[...] o art. 41 da Lei 11.340/2006 pode estipular outra exceção, agora para restringir o alcance da lei 9.099/95. Na realidade, com outras palavras, firmou o entendimento de que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não são de menor potencial ofensivo, pouco importando o *quantum* da pena”.

Com o devido respeito, assim não pensamos. O legislador pode estabelecer diferenciações, desde que elas estejam de acordo com a finalidade da norma. A Lei nº 10.740, por exemplo, como já colocamos, veda a incidência das escusas absolutórias, quando os idosos forem vítimas dos crimes – nela previstos e nos demais delitos contra o patrimônio, elencados no Código Penal. Aí sim, entendemos presente a ação afirmativa, uma vez que os idosos experimentam mais dificuldades para o exercício de seus direitos, e, sendo a ação penal pública incondicionada, fará com que o Ministério Público supra tal deficiência. Em relação ao princípio da isonomia, explica Mello (1999, p. 39, grifo nosso):

A discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. *Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.*

No caso presente, elege-se a mulher vítima como elemento discriminador, e a finalidade da norma seria sua maior proteção. Ora, a mulher que tanto luta para se igualar ao homem em direitos, que busca maior acesso ao mercado de trabalho, que deseja remuneração paritária com as pessoas do sexo masculino, ao mesmo tempo, e de forma paradoxal, é colocada como hipossuficiente. Assim, entendemos que não há correlação lógica em impedir que o sujeito ativo seja beneficiado com os institutos despenalizadores – transação penal e suspensão condicional do processo –, única e simplesmente pelo fato de a mulher ser vítima de violência doméstica.

Poderia o legislador, sem qualquer problema, vedar a aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo nos crimes de violência doméstica. *Contudo, tal deveria se dar em relação a todos os casos, ou seja, quando o homem também fosse vítima.* Aí sim estar-se-ia respeitando o princípio da isonomia. Além disso, há um grande problema em conciliar o art. 41 da Lei nº 11.340/06 com o art. 94 da Lei nº 10.741, que determina a aplicação da Lei nº 9.099 no caso da prática dos crimes do Estatuto do Idoso, sendo que aquele veda a incidência dos institutos despenalizadores nas hipóteses de violência doméstica (art. 5º, I a III, c/c art. 7º, I a III, da Lei nº 11.340).

Ao que parece, o art. 94 da Lei nº 10.741, que determina a aplicação do rito da Lei nº 9.099, será afastado quando ocorrer casos de violência doméstica, cuja vítima for mulher idosa. Imaginemos uma mulher vítima do delito previsto no art. 99 da Lei nº 10.741, em que o autor seja seu marido, por exemplo. Seria um caso de violência doméstica, em que seria aplicado o rito dos crimes apenados com detenção, sem a possibilidade de transação penal. Nogueira (2006, grifo nosso) entende que:

[...] não foi proibida a aplicação do rito sumaríssimo da Lei 9.099/95 aos delitos de menor potencial, ainda que praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, pois disso nenhum prejuízo resultará à proteção jurídica da mulher vítima de violência doméstica ou familiar; pelo contrário, tais lides penais terão andamento mais célere (artigo 62, Lei 9.099/95); não pode ser esquecida ainda a garantia do devido processo legal que a todos deve alcançar (artigo 5º, LIV, CF).

Assim não pensamos. Os ritos são muito diversos, sendo que a adoção do procedimento da Lei nº 9.099/95 quando deveria ser adotado o dos crimes apenados com reclusão ou detenção violará a garantia da ampla defesa, já que esses procedimentos são mais amplos. E, finalmente, se a vítima for homem, sendo o delito apenado com pena máxima de dois anos, o procedimento será dos juizados especiais, com possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo.

Com isso, demonstramos a incoerência do legislador: se a mulher é idosa e é vítima dos delitos do Estatuto do Idoso, cuja pena máxima for de dois anos, em que haja violência física ou psíquica (consoante art. 7º, I a III, da Lei nº 11.340), sendo tal delito praticado nas hipóteses dos incisos I a III do art. 5º da Lei nº 11.340, o autor não será beneficiado com a transação penal e a suspensão condicional do processo, e o feito deverá seguir o rito dos crimes apenas com detenção ou reclusão, dependendo da hipótese. Porém, se a vítima for homem idoso, estando nas mesmas situações acima mencionadas, e a autora for mulher, ela terá direito aos benefícios da Lei dos Juizados Especiais, e, caso não sejam os institutos aplicados, o feito deverá seguir o rito da Lei nº 9.099/95, em flagrante violação ao princípio da isonomia.

Toda essa argumentação serve para evidenciar que, na verdade, o art. 41 da Lei nº 11.340, além de colidir com todo o sistema, é inconstitucional, pois impede que o autor homem seja beneficiado com os institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo; mas permite que seja possibilitada a proposta de tais institutos quando a mulher for a autora dos delitos de violência doméstica.

2. A violação do princípio da proporcionalidade

A Lei nº 11.340, além de violar o princípio da isonomia, conforme acima exposto, viola também o princípio da proporcionalidade, ao tornar defesa a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95, mormente o da suspensão condicional do processo. O legislador, no art. 89 da Lei nº 9.099/95, permitiu a apresentação de proposta de suspensão condicional do processo aos autores de crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano. Desta forma, é possível a proposta de suspensão condicional do processo em relação ao sujeito ativo do delito previsto no art. 124 do Código Penal, que prevê o crime de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, uma vez que as penas vão de 1 a 3 anos de detenção.

Visualiza-se a incoerência do legislador, ao permitir a incidência da proposta de suspensão condicional do processo no delito mencionado, em que o bem jurídico *vida* é violado, e vedá-lo em relação a um delito de lesão corporal leve com violência doméstica. Essa questão não passou despercebida ao crivo de Sampaio e Fonseca (2006, p. 5): “É visivelmente desproporcional que no crime de aborto consentido, que protege o bem jurídico vida, seja permitido o sursis processual previsto na lei 9.099/95 e na hipótese de ameaça no âmbito familiar contra a mulher não seja possível a aplicação de qualquer dos institutos despenalizadores da lei 9.099/95”.

Desta forma, entendemos que o art. 41 da lei em comento viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que veda a incidência da suspensão condicional do processo em relação a crimes mais leves, sendo permitido sursis processual, contudo, no que tange a delitos mais graves.

3. As medidas a serem adotadas pela autoridade policial

O art. 12 da Lei nº 11.340 determina quais são as medidas a serem adotadas pela autoridade policial, após a lavratura da ocorrência. Primeiramente, o inciso I reza que a autoridade policial deverá ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada. Ora, não haveria necessidade do dispositivo, uma vez que, conforme pacífico entendimento, a representação não depende de ato formal, sendo que a simples lavratura do boletim de ocorrência já é suficiente. Além disso, é curial que a autoridade policial só reduzirá a termo a representação em caso

de infrações de ação penal condicionada à representação, já que nas de ação penal privada e incondicionada o ato é desnecessário.

O inciso II determina, de forma despidienciada, que a autoridade deverá colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias. A remessa do expediente em 48 horas é medida constante no inciso III do art. 12. É de se ver que, em várias delegacias, será impossível que a autoridade policial tome por termo a representação, colha todas as provas dos fatos e remeta o expediente em 48 horas para o Juiz, em razão dos inúmeros inquéritos policiais em trâmite. A norma, obviamente, deverá ser abrandada. O inciso IV reza que deverá ser realizado o exame de corpo de delito e o inciso V prevê que o delegado ouvirá o agressor e testemunhas. A autoridade policial deverá ordenar a identificação do agressor (consoante inciso VI do art. 12). É de se ver que a norma deve ser interpretada de forma sistemática, não sendo crível que o legislador tenha querido que em todas as hipóteses seja realizada a identificação criminal. Não se trata, segundo pensamos, de nova hipótese de identificação necessária, e sim de providência a ser adotada quando o agente estiver nas hipóteses previstas no art. 3º, incisos I a VI da Lei nº 10.054/00. Nesse sentido é a lição de Gomes (2006):

Leitura rápida desse dispositivo sinalizaria mais uma hipótese “obrigatória” de identificação criminal (CPP, art. 6º, VIII), na linha do que já ficou estabelecido no art. 3º da Lei 10.054/2000. Ocorre que toda interpretação não é só texto, sim contexto. Justifica-se a identificação criminal (dactiloscópica e fotográfica) em situações de dúvida ou quando o agente não conta com identificação civil (não conta com cédula de identidade). Logo, quando o agente apresenta esta última e não paira nenhuma dúvida razoável sobre sua individualidade, falta razoabilidade para a exigência da identificação criminal, que passa a ter cunho puramente simbólico e punitivo. Pior: punitivismo inútil (porque, em relação a quem já é civilmente e indiscutivelmente identificado, absolutamente nada acrescenta a identificação criminal). Aquilo que nada representa de útil para o Estado e, ao mesmo tempo, constitui um deplorável constrangimento para o sujeito, traz em seu bojo o total desequilíbrio exigido na relação entre custo e benefício: é nisso que reside a falta de razoabilidade da exigência (abusiva) da identificação criminal.

Assim, entendemos que o agente só poderá ser identificado quando (art. 3º da Lei nº 10.054/00) o agente estiver indicado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documentos públicos (I); houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade (II); o estado de conservação ou a distância temporal

da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais (III); constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações (IV); houver registro de extravio do documento de identidade (V); o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil (VI).

4. A competência

Outra inconstitucionalidade, apontada pelos magistrados do Rio de Janeiro, refere-se ao artigo 33 da Lei nº 11.340/06, que versa sobre matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual (art. 125, § 1º, da CF/88). Souza (2007, grifo nosso), no mesmo esteio, ensina:

Ademais, como fez referência à ‘separação de corpos e alimentos provisórios e provisionais’, é possível, inclusive, chegar-se à interpretação de que se a mulher for violentada nas circunstâncias desta lei (violência doméstica ou familiar-art. 7º), poderá pleitear junto ao referido Juizado Especial separação judicial por culpa, em decorrência da violência (art. 7º), requerendo cautelarmente a separação de corpos e cumulativamente alimentos ao ofensor que a violentou, *suprimindo assim a competência, neste caso específico, das Varas de Família, o que deveria. s.m.j., ter ocorrido através de Lei estadual de Organização e Divisão Judiciária, podendo-se questionar; inclusive, a constitucionalidade do referido dispositivo, qual seja, do artigo 33 da Lei nº 11.340/2006.* Ademais, na esteira deste raciocínio, o próprio legislador estabeleceu regras de competência para os processos de natureza não penal, conforme consta no artigo 15.

Santin (2006) entende que o dispositivo viola o princípio do juiz natural, uma vez que determina a criação de um tribunal especial:

Há previsão até de um tribunal especial para o homem agressor, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com finalidade de julgamento e execução de causas relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 14), indicando que a mulher agressora seria julgada por outro juiz natural, pela simples condição sexual, em visível afronta ao princípio de vedação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF).

Dias (2006), discordando da tese da inconstitucionalidade, afirma: “Também não há inconstitucionalidade no fato de lei federal definir competências. Nem é a primeira vez que o legislador assim age. Como foi afastada a incidência da lei que criou os juizados especiais, a definição da competência deixa de ser da esfera organizacional privativa do Poder Judiciário (CF, 125, § 1º)”. A autora exemplifica com a Lei nº 9.278/96, que, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do Juizado da Família.

Com o devido respeito à autora, entendemos que não lhe assiste razão. A Lei nº 9.278/96 disse o óbvio: a competência para o conhecimento das questões de união estável seria das varas de família. Como a lei, embora federal, tenha fixado a competência das varas de família, e que isso seria o lógico, não houve qualquer questionamento a respeito. No caso em tela, a situação é bem diferente: caberia aos Estados, aquilatadas as condições peculiares de cada região, determinar a competência para as varas criminais, juizados especiais, ou outras, em observância ao disposto no § 1º do art. 125 da Constituição.

Aliás, o art. 14 da Lei nº 11.340/06 trará inúmeras discussões no que tange à competência. Reza o dispositivo: “Os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, órgãos da Justiça Ordinária, com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”. De acordo com o artigo, deverão ser criadas varas especializadas para as questões referentes à violência doméstica, como já ocorreu no Estado de Santa Catarina. Enquanto não forem criadas as varas mencionadas, nos termos do art. 33 da mesma lei, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Gomes (2006) ensina que a fixação da competência das varas criminais depende da conjugação de dois critérios:

1º) violência contra mulher e 2º) que ela (mulher) faça parte do âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo do agente do fato. Em outras palavras, a competência será firmada em razão da pessoa da vítima (“mulher”) assim como em virtude do seu vínculo pessoal com o agente do fato (ou seja: é também imprescindível a ambiência doméstica, familiar ou íntima). Note-se: não importa o local do fato (agressão em casa, na rua etc.). Não é o local da ofensa que define a competência (das varas criminais e dos Jufams). Fundamental é que se constate violência contra mulher e seu vínculo com o agente do fato. Observe-se que, no futuro, quando criados os Jufams, a competência deles não terá por base o atual critério dos juizados (infrações penais até dois anos). Trata-se de competência que será definida em razão de critérios próprios. Qualquer delito contra mulher praticado no âmbito das relações domésticas, de

família ou íntima (não importa a pena nem a natureza do crime: lesão corporal, ameaça, crime contra a honra, constrangimento ilegal, contra a liberdade individual, contra a liberdade sexual etc.) será da competência dos Jufams (e, de imediato, das varas criminais). Cárcere privado, lesões corporais, tortura, violência sexual, calúnia, injúria, ameaça etc.: tudo é da competência imediata das varas criminais (e, no futuro, dos Jufams).

Salienta o autor que:

[...] exceções a essa regra ficam por conta das competências definidas na Constituição Federal: júri, crimes da competência da Justiça Federal, crimes da competência da Justiça militar etc. No caso de homicídio (crime doloso contra a vida) a competência é do Tribunal do Júri. Diga-se a mesma coisa em relação à competência da Justiça Federal: agressão do marido contra a mulher dentro de um avião ou navio (é da competência da Justiça Federal, CF, art. 109). Note-se que a lei não prevê os Jufams no âmbito da Justiça Federal.

Pois bem. Imaginemos que uma mulher, com sessenta anos ou mais, seja vítima dos delitos previstos nos arts. 96 a 99 da Lei nº 10.741 (Estatuto do Idoso), estando a mesma na situação do art. 5º, I a III, da Lei nº 11.340. Os delitos são de competência do juizado especial. Os tipos dos arts. 96 a 99 da presente podem configurar hipóteses de violência física, previsto no inciso I do art. 7º da Lei nº 11.340 ou psicológica, prevista no inciso II do mesmo dispositivo. O art. 5º, por sua vez, estipula que:

Art. 5º. Configura violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

- I) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- III) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

O inciso I do art. 5º refere-se ao domicílio da mulher, incluindo as esporadicamente agregadas, ou seja, uma pessoa do sexo feminino que por qualquer motivo tenha sido acolhida por uma família (uma mulher que esteja convalescendo, parente ou não, e que se encontre sob os cuidados daquele núcleo, por exemplo). O inciso II, em franca redundância, repete, com outra redação, o que já estava disposto no inciso I. Apenas faz menção a pessoas que se considerem aparentadas, o que causa espécie, pois o parentesco é estipulado pela lei civil. Finalmente, o inciso III englobaria os casos em que há uma relação afetiva entre as pessoas, independentemente de coabitação, como um namoro, um noivado.

Obviamente que, se o marido ou companheiro expõe sua esposa idosa a perigo, sua integridade e a saúde, física ou psíquica, submetendo-a a condições desumanas ou degradantes ou privando-a de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, faz com que a mesma sofra a violência física (inciso I do art. 7º da Lei nº 11.340) ou psicológica (inciso II do art. 7º da Lei nº 11.340), e incide no disposto no art. 99 da Lei nº 10.741/03. E aí surge a questão: quando a mulher for idosa e vítima dos delitos previstos no Estatuto do Idoso (art. 96, 97, 98, 99), que constituem formas de violência física ou psíquica contra a pessoa, praticados nas condições dos arts. 5º, incisos I a III, e 7º, incisos I a III, da Lei nº 11.340, a competência seria do juizado especial ou da vara de violência doméstica (ou a criminal, enquanto não criadas estas)?

Segundo pensamos, a competência será da vara de violência doméstica. Primeiramente, entendemos, juntamente com os Magistrados do Rio de Janeiro, que a estipulação de competência via norma federal é inconstitucional, nos termos do art. 125, § 1º, da Constituição, já que se trata de matéria inerente aos Estados. Mas, ainda que se entenda pela constitucionalidade do art. 33 da Lei nº 11.340, o que fazemos apenas à guisa de argumentação, entendemos que a competência seria da vara de violência doméstica. Isso porque a Lei nº 11.340 definiu competência *ratione materiae*, sendo, portanto, absoluta. Desta forma, cometido um delito do Estatuto do Idoso, em que a vítima seja mulher, a competência será da vara de violência doméstica (ou da criminal, enquanto esta não for criada). Gomes (2006), embora não mencionando ser a lei inconstitucional, faz críticas à mesma, no que tange à adoção do modelo tradicional para combater a violência doméstica:

O sistema penal retributivo clássico é gerenciado por uma máquina policial e judicial totalmente desconexa (seus agentes não se entendem), morosa e extremamente complexa. Trata-se de um sistema que não escuta realmente as pessoas, que não registra tudo que elas falam, que usa e abusa de frases estereotipadas ('o depoente nada mais disse nem lhe foi perguntado' etc.), que só foca o acontecimento narrado no processo, que não permite o

diálogo entre os protagonistas do delito (agressor e agredido), que rouba o conflito da vítima (que tem pouca participação no processo), que não a vê em sua singularidade, vitimizand-a pela segunda vez, que canaliza sua energia exclusivamente para a punição, que se caracteriza pela burocracia e morosidade, que é discriminatória e impessoal, que é exageradamente estigmatizante, que não respeita (muitas vezes) a dignidade das pessoas, que proporciona durante as audiências espetáculos degradantes, que gera pressões insuportáveis contra a mulher (vítima de violência doméstica) nas vésperas da audiência criminal etc. Tudo quanto acaba de ser descrito nos autoriza concluir que dificilmente se consegue, no modelo clássico de Justiça penal, condenar o marido agressor. E quando ocorre, não é incomum alcançar a prescrição. Na prática, a ‘indústria’ das prescrições voltará com toda energia. O sistema penal clássico, que é fechado e moroso, que gera medo, opressão etc., com certeza, continuará cumprindo seu papel de fonte de impunidade e, pior que isso, reconhecidamente não constitui meio hábil para a solução desse tenebroso conflito humano que consiste na violência que (vergonhosamente) vitimiza, no âmbito doméstico e familiar, quase um terço das mulheres brasileiras.

Batista (2006), no que tange à competência das varas criminais, também critica a lei: “Neste caso temos um grande perigo, a ser ver obrigado a atender primeiramente os processos de violência doméstica o Juiz poderá abrir uma grande brecha no que tange à prescrição dos demais processos”. Com razão os autores. O legislador olvida que as varas criminais estão abarrotadas de processos e, obviamente, que o Juiz dará preferência aos processos referentes aos delitos mais graves, como tráfico de entorpecentes, roubos, furtos, homicídios, deixando para segundo plano as questões da violência doméstica. Isso acarretará a prescrição das infrações, contribuindo para o descrédito da lei e do Poder Judiciário.

5. A renúncia à representação

O art. 16 da Lei nº 11.340 reza que “[...] nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata essa lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público”. A renúncia, causa extintiva da punibilidade, é tratada no art. 104 do Código de Processo Penal, referente à ação penal privada, *verbis*: “O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente”. Consoante ensinamento de Tourinho Filho (1992, p. 515), “[...] pela redação do dispositivo em exame, percebe-se que a renúncia

antecede à propositura da ação penal, isto é, iniciada a ação penal, já não haverá lugar para a renúncia”. Desta forma, temos que a renúncia à representação só pode mesmo ocorrer antes do recebimento da denúncia, motivo pelo qual, Gomes (2006), acertadamente, afirma:

Nesse ponto, salvo melhor juízo, o legislador escreveu palavras inúteis. Se a renúncia só pode ocorrer antes do oferecimento da representação e se o Ministério Público antes dessa manifestação de vontade da vítima não pode oferecer denúncia, parece evidente que a lei não poderia ter feito qualquer menção *ao recebimento da denúncia*.

O autor entende que não se pode utilizar da analogia para alcançar a retratação, uma vez que, nessa hipótese, a mesma seria *in malam partem*. Afirma que:

[...] considerando-se os inequívocos reflexos penais (aliás, reflexos penais imediatos, não remotos) da retratação da representação (visto que ela pode conduzir à decadência desse direito, que é causa extintiva da punibilidade nos termos do art. 107, IV, do CP), não há como admitir referida analogia. As normas genuinamente processuais admitem amplamente analogia (CPP, art. 3º), mas quando possuem reflexos penais imediatos (ou seja: quando estamos diante de normas processuais materiais), elas contam com a mesma natureza jurídica das normas penais. (GOMES, 2006).

Contudo, com propriedade, Souza (2007) defende que o legislador quis se referir à retratação, uma vez que “[...] se o ‘Parquet’ já ofereceu denúncia é porque teve a representação, inclusive foi obtida pela autoridade policial (art. 12, inciso I), conseqüentemente na audiência suso referida, quando muito, poderá a ofendida desistir ou se retratar da representação oferecida”. No mesmo sentido é a lição de Cunha e Pinto (2007, p. 75):

Sabendo que renúncia significa abdicação do exercício de um direito, clara está a impropriedade terminológica utilizada pelo legislador, quando, na realidade, pretendeu se referir à retratação da representação, ato da vítima (ou de seu representante legal) reconsiderando o pedido-autorização antes externado (afinal, não se renuncia a direito já exercido!).

Assim, em que pese o posicionamento em contrário, entendemos que o legislador se referiu à retratação, motivo pelo qual não há aplicação da analogia *in malam partem* e sim interpretação sistemática, para esclarecer a vontade do próprio legislador. Desta

forma, em se tratando de retratação da representação é que se necessitará da observância da formalidade prevista no dispositivo. Outra questão que deve ser analisada concerne às ações penais privadas. Nelas não há necessidade de representação, e sim de oferecimento de queixa-crime. Na hipótese de o marido praticar um crime contra a honra de sua esposa (calúnia, injúria ou difamação), tal conduta se caracterizaria como violência doméstica, ex vi do disposto no art. 7º., inciso II da Lei 11.340 (violência psicológica).

Hodiernamente, quando lavrada uma ocorrência em face de crime de ação penal privada, de competência dos Juizados Especiais, é feito o Termo Circunstanciado, e, posteriormente, realizada audiência preliminar, em que é tentada a composição civil, e oferecida proposta de transação penal (se for o caso) ⁷. Não sendo possíveis a composição civil e a transação, cabe ao ofendido propor no prazo legal a queixa-crime. Tratando-se de infração de ação penal privada, é possível que a ofendida renuncie ao exercício do direito de queixa (arts. 49 e 50 do Código de Processo Penal), ofereça o perdão (arts. 51 a 56 do Código de Processo Penal), ou deixe ocorrer a perempção (art. 60, incisos I a IV do Código de Processo Penal), acarretando a extinção da punibilidade do agente.

Nestes casos, haveria necessidade da designação da audiência especial, exigida pelo art. 16 da Lei nº 11.340? Entendemos que a resposta negativa se impõe. O art. 16 da Lei nº 11.340, por ser norma processual com reflexos na esfera penal, que torna mais dificultosa a extinção da punibilidade, deve ser interpretado restritivamente. Assim sendo, caso a ofendida deseje renunciar, perdoar, ou deixar a ação perimir, não haverá necessidade de designação de audiência especial para tais atos.

6. A ação penal

Gomes (2006, grifo nosso) entende que, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.340, os delitos de lesão corporal (dolosa ou culposa) passaram a ser de ação pública incondicionada, sendo que os demais (ameaça, crimes contra a honra e costumes) continuariam a depender de representação. Assim afirma:

Dentre todos os delitos que, no Brasil, admitem representação acham-se a lesão corporal culposa e a lesão corporal (dolosa) simples. Nessas duas hipóteses a exigência de representação (que é condição específica de procedibilidade) vem contemplada no art. 88 da Lei 9.099/1995 (lei dos juizados especiais). Esse dispositivo não foi revogado, sim, apenas derogado (ele não se

⁷ Já deixamos assentado em outro trabalho (ANSANELLI JUNIOR, 2004, p. 5-7) que entendemos cabível a transação penal nos crimes de ação penal privada, cabendo ao Juiz o oferecimento da proposta em caso de negativa da vítima.

aplicará mais em relação à mulher de que trata a Lei 11.340/2006 - em ambiência doméstica, familiar ou íntima). Note-se que o referido art. 88 só fala em lesão culposa ou dolosa simples. Logo, nunca ninguém questionou que a lesão corporal dolosa grave ou gravíssima (CP, art. 129, § 1º e 2º) sempre integrou o grupo da ação penal pública incondicionada. Considerando-se o disposto no art. 41 da nova lei, que determinou que ‘aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/1995’, já não se pode falar em representação quando a lesão corporal culposa ou dolosa simples atinge a mulher que se encontra na situação da Lei 11.340/2006 (ou seja: numa ambiência doméstica, familiar ou íntima) (nesse sentido cf. também: José Luiz Joveli; em sentido contrário: Fernando Célio de Brito Nogueira). Nesses crimes, portanto, cometidos pelo marido contra a mulher, pelo filho contra a mãe, pelo empregador contra a empregada doméstica etc., não se pode mais falar em representação, isto é, a ação penal transformou-se em pública incondicionada (o que conduz à instauração de inquérito policial, denúncia, devido processo contraditório, provas, sentença, duplo grau de jurisdição etc.). Esse ponto, sendo desfavorável ao acusado, não pode retroagir (isto é: não alcança os crimes ocorridos antes do dia 22.09.06). *Não existe nenhuma incompatibilidade, de outro lado, entre o art. 41 e o art. 16. O primeiro excluiu a representação nos delitos de lesão corporal culposo e lesão simples. No segundo existe expressa referência à representação da mulher. Mas é evidente que esse ato só tem pertinência em relação a outros crimes (ameaça, crimes contra a honra da mulher, contra sua liberdade sexual quando ela for pobre etc.). Aliás, nesses outros crimes, a autoridade policial vai colher a representação da mulher (quando ela desejar manifestar sua vontade) logo no limiar do inquérito policial (art. 12, I, da Lei 11.340/2006).*

Em que pese o brilhantismo do autor, assim não pensamos. As hipóteses de violência doméstica insculpidas nos incisos I a III do art. 7º, da Lei nº 11.340, nas situações do art. 5º, incisos I a III, da mesma lei englobam todos os delitos em que haja violência física (lesão corporal, dolosa ou culposa, vias de fato), psicológica (ameaça, constrangimento ilegal) e sexual (assédio sexual). Assim, em todos esses casos, estará sendo o sujeito passivo (a mulher) vítima de violência doméstica. Portanto, quando o art. 41 afirma que não será aplicada a Lei nº 9.099/95, significa que deseja que o procedimento dos delitos mencionados siga os ritos dos crimes apenados com detenção, ou reclusão, mas não determina que a ação penal seja pública incondicionada nas hipóteses mencionadas pelo autor (lesão corporal, dolosa e culposa). Do contrário, o art. 16 da mesma lei estaria em colidência com todo o sistema e com a própria lei. Se o legislador exige

que a renúncia (leia-se retratação) seja realizada em audiência, é porque continua a entender que os delitos de lesão corporal, que configuram hipóteses de violência física, *ex vi* do inciso I do art. 7º da Lei nº 11.340, dependem de representação. Nesse sentido é a lição de Nogueira (2006, grifo nosso):

Em princípio, pode parecer que desapareceram também a representação, como condição de procedibilidade trazida pelo artigo 88 da Lei 9.099/95 para as hipóteses de lesões corporais dolosas simples e culposas, bem como a possibilidade de adoção do rito procedimental previsto nos artigos 77 e seguinte da Lei 9.099/95 para as infrações penais de menor potencial ofensivo, praticadas em detrimento da mulher na situações tratadas na Lei 11.340/06. Não é essa, contudo, a interpretação a que nos filiamos. O que quis a lei vedar foram os benefícios decorrentes da aplicação da Lei do Juizado Especial Criminal aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Devemos buscar no conjunto das normas trazidas pela nova lei a vontade e os objetivos do legislador ao editá-la. Para isso, não podemos interpretar isoladamente determinados preceitos nela contidos. Devemos conjugar as disposições da lei, sem perder de vista os valores nela resguardados e as finalidades da lei. É a interpretação teleológica ou finalística da lei. Desse modo, segundo nossa interpretação, podem ser extraídas as seguintes conclusões da conjugação dos artigos 16, 17 e 41 da Lei 11.340/06: b) persiste a exigência de representação nos casos do artigo 129, § 9º, do CP, e artigo 21, da LCP (por analogia); no caso do artigo 147 do CP, o parágrafo único exigia e exige tal condição de procedibilidade; *se o legislador pretendesse banir referida condição da ação penal pública, não teria trazido a previsão do artigo 16 da lei, que impõe formalidade para a renúncia à representação.*

Destarte, entendemos que os delitos mencionados continuam a ser de ação penal condicionada à representação.

7. A violação do princípio da individualização da pena

O art. 17 da Lei nº 11.340/06 veda a aplicação de cestas básicas (?) ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. O art. 7º, inciso I, da presente lei, conceitua a violência física como sendo “[...] qualquer conduta que ofenda sua integridade física ou corporal”. E o inciso II do mesmo dispositivo, a violência psicológica:

[...] entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento e que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Pois bem, estariam incluídos no conceito, obviamente, as vias de fato (art. 21 da LCP) e a lesão corporal (art. 129 CP). De acordo com o disposto no art. 17 da Lei nº 11.340/06, se o homem pratica a contravenção penal de vias de fato contra a mulher com quem coabita, em caso de condenação, o juiz não poderia aplicar somente a pena de multa, sendo obrigado a fixar-lhe pena privativa de liberdade, de 15 dias a 3 meses, e convertê-la (se for o caso) nas penas previstas nos incisos II a VI do art. 43 do CP. Já o inverso, ou seja, se a mulher pratica vias de fato contra seu marido, o juiz poderá fixar apenas a reprimenda pecuniária, ou converter a privativa de liberdade em prestação pecuniária (art. 43, I, do CP). Tal dispositivo, além de desrespeitar o princípio da isonomia, violenta fragrantemente o princípio da individualização da pena, conferida ao magistrado quando da fixação da reprimenda. Como explica Franco (1994, p. 141):

[...] embora a Carta Magna afirme que a lei regulará a individualização da pena, força é convir que a lei poderá dar parâmetros para atuação judicial, *mas não poderá, de modo algum, obstar que se realize a individualização punitiva*. Destarte, lei ordinária que estabeleça pena fixamente determinada na sua quantidade, *ou que impeça a discricionariedade vinculada do juiz na sua aplicação* ou que não permita, a atividade judicial concretizadora na sua execução, é lei inaceitável, do ponto de vista constitucional.

Cabe ao juiz avaliar os requisitos dos arts. 59 e 44 do Código Penal para encontrar a pena mais adequada, sendo defeso ao legislador vedar ao Judiciário a aplicação dessa ou daquela reprimenda, ainda mais levando-se em consideração apenas a qualidade da vítima. Pode ser que o juiz, no caso concreto, entenda pela inaplicação da pena de multa, ou pela conversão em prestação pecuniária; mas tudo depende de uma série de circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, não sendo lícito ao legislador obstar a atividade discricionária vinculada do juiz.

Por fim, necessário se mostra fazer crítica à redação do dispositivo no que tange à pena de “cesta básica”. Tal pena, com o devido respeito ao legislador, inexistente em nosso ordenamento. Há a pena de prestação pecuniária, que é revertida para instituições de caridade ou similares em forma de alimentos. Isso demonstra a ausência de conhecimento do legislador do sistema penal.

8. As medidas protetivas

O art. 12 da Lei nº 11.340 determina que a autoridade policial reduzir a termo a representação (inciso I), remeter ao Juiz, em 48 horas expediente apartado para a concessão de medidas protetivas de urgência (inciso II), e realizar as demais diligências pertinentes, como requisitar o ACD, colher os depoimentos do agressor e testemunhas, e, finalmente, remeter o inquérito ao juiz (incisos II a VII). Já o art. 18 da mesma lei reza que recebido o expediente com *pedido da ofendida*, caberá ao juiz, no prazo de 48 horas decidir sobre as medidas protetivas (inciso I), determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária (inciso II) e, finalmente, comunicar ao Ministério Público, para as medidas cabíveis (inciso III).

O art. 19 prevê a possibilidade de que as medidas de urgência sejam concedidas pelo juiz a requerimento do Ministério Público ou da ofendida (*caput*), e, inclusive, *ex officio*, independentemente de oitiva das partes e de manifestação do Ministério Público (§ 1º). O § 2º do art. 19 permite a aplicação das medidas de forma isolada ou cumulada, e alteração da medida a qualquer tempo, para assegurar os direitos da ofendida. Conforme o art. 22, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar as seguintes medidas: suspensão da posse ou restrição do porte de armas (I), afastamento do lar (II), proibição de aproximação da ofendida (III, a), de contato com a ofendida (III, b), e de frequentação de determinados lugares (III, c); há ainda a previsão de restrição ao direito de visitas aos dependentes menores (IV) e prestação de alimentos (V).

Depreende-se pela leitura dos dispositivos que o legislador deseja que o Juiz adote medidas de caráter cautelar, sem que tenha sido devidamente provocado, com violação do princípio da inércia da jurisdição. Ora, ao determinar que a autoridade policial remeta o expediente, em 48 horas, para que o Juiz adote as providências cabíveis, sendo possível a concessão de medidas *sem ajuizamento de ação, através de profissional habilitado, e, ainda, que tais medidas se consubstanciam em verdadeira prestação jurisdicional*, estamos que o legislador feriu o princípio da inércia. Isso acarretará enormes riscos aos eventuais agressores. Não que os mesmos não devam ser punidos; o que se questiona é a forma com que o legislador quer que isso ocorra. As medidas de afastamento do lar (diversa da cautelar de separação de corpos), fixação de alimentos, restrição ao direito de visitas, são questões que devem ser discutidas em

processo de conhecimento próprio, com contraditório (ainda que diferido) e ampla defesa, produção de provas.

Houve total violação do princípio do devido processo legal, em prol da busca de proteção da mulher, o que não se nos afigura salutar, uma vez que, à toda evidência, estará sendo colocado em risco o próprio Estado democrático de direito. A adoção de medidas desse jaez, como o *mandado de afastamento* já foi adotado sem sucesso entre nós. A Lei nº 10.455/02 alterou o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95, para acrescentar a possibilidade de afastamento do lar do autor do fato: “Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”.

Tal alteração foi alvo de sérias críticas por parte da doutrina. Primeiramente, diferencia Rangel (2005, p. 180) a separação cautelar de corpos da medida de afastamento do lar, enfatizando que “[...] a separação de corpos depende tão somente da simples constatação da existência do casamento ou da união estável” enquanto que “[...] a medida de afastamento temporário do lar é mais extrema, de caráter mais enérgico, mas que tem escopo de preservar a integridade física e/ou psíquica do cônjuge que sofre agressões, sevícias ou maus tratos na constância da sociedade conjugal ou estável”.

Firmada a distinção, aplicável no que tange à lei em comento, cabe analisar a possibilidade de aplicação da medida de afastamento. Em análise ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, com a redação conferida pela Lei nº 10.455/02, Rangel (2005, p. 181) enfatiza que a medida de afastamento do lar é juridicamente impossível de ser aplicada, já que “[...] afastado do lar, *ex officio*, pelo juiz, a vítima (não necessariamente o cônjuge) não necessita, nem pode ser obrigada a promover a ação”. Além disso, critica o autor a questão do tempo do afastamento, não previsto pela lei, defendendo que o “[...] juiz do crime não deve adotar, *ex officio*, tal medida que, no cível, tem o escopo de preparar uma ação principal, como autoriza o art. 1.562 do CC”. Concluindo, Rangel (2005, p. 182) entende que a Lei nº 10.455/02 viola os princípios:

a) da estrita legalidade: as normas de restrições e limitações das liberdades públicas devem ter prazo fixado em lei, sob pena de se eternizarem e tornarem-se inconstitucionais, pois a regra é a permanência no lar e nele comportamento compatível com o ambiente doméstico, e não seu afastamento compulsório; b) da inércia da jurisdição: o juiz (criminal) não pode obrigar a parte a demandar no juízo cível ação de separação judicial, divórcio ou de dissolução da sociedade estável. Razão pela qual não faz sentido afastar do lar aquele que não deseja ajuizar qualquer ação no cível, não obstante estar em conflito no âmbito familiar.

Lima (2005, p. 71, grifo nosso), da mesma forma, entende inconstitucional o dispositivo do parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, pois autoriza o juiz a prolatar decisão sem que tenha sido provocado. Ensina o autor:

Queremos crer que, apesar do dispositivo fazer parecer que o juiz pode decretar a medida de ofício, tal só será possível no curso do processo, pois não tendo sido o mesmo ainda instaurado, o atuar de ofício seria inconstitucional, violando o princípio acusatório, e o juiz estaria atuando de forma a promover medida de promoção de ação cautelar, violando o princípio ne procedat ex officio e o disposto no art. 129, I, da CF.

Fazendo coro com Rangel (2005), entendemos que o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, com a redação alterada pela Lei nº 10.455/02, bem como o art. 22, inciso II, da Lei nº 11.340 violam os princípios da inércia, uma vez que haverá deferimento de medida sem provocação, não podendo o Juiz obrigar a mulher a intentar ação de separação, e da legalidade, ante a ausência de prazo fixado pelo legislador. É de se ver que a Lei nº 11.340/06, da mesma forma que a Lei nº 10.455/02, não fixou prazo para que o cônjuge seja afastado do lar, com clara violação do princípio da legalidade, uma vez que, deferida a medida, ela será eternizada, sem que o cônjuge possa voltar para a casa.

Embora entendamos inaplicável o dispositivo, por questões doutrinárias, passamos a analisar a questão. Pensamos que deve ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 806 do Código de Processo Civil, no sentido de ser fixado o prazo de trinta dias, período em que a mulher deve intentar ação de separação, pena de perda de eficácia da medida. Do contrário, a mulher permanecerá no imóvel, o cônjuge, companheiro ou companheira afastados, sem que se resolvam questões de partilha de bens, guarda de filhos, alimentos, o que não se nos afigura aceitável. As alíneas “a” a “c” do inciso III do art. 22 prevêem a possibilidade de adoção das medidas de proibição de aproximação da ofendida, de contato com a ofendida e de freqüentação de determinados lugares.

Embora a intenção do legislador tenha sido boa, entendemos que as medidas são inócuas. Mesmo que o magistrado expeça ordem de proibição de aproximação da ofendida, é cediço que não haverá quem fiscalize o cumprimento de tal medida. As polícias civil e militar não terão estrutura suficiente para acompanhar a observância de tal medida. E, além disso, caso o agente venha a descumpri-la, aproximando-se da ofendida, temos que o mesmo responderia apenas pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, em que seria possível a aplicação da transação penal e suspensão condicional do processo, uma vez que se trata de infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95), em que não há violência contra a mulher.

O mesmo ocorrerá no que concerne à medida de proibição de frequência a locais em que a ofendida esteja (trabalho, escola). Essas medidas encontram os mesmos óbices da medida anterior: violação da inércia da jurisdição, vez que haverá medida sem pedido, sem provocação, e da legalidade, pois o legislador também não fixou prazo de duração da medida, nem da distância a ser mantida pelo suposto agressor.

Na ausência de critério legal, e apenas à guisa de argumentação, caberá ao Juiz aquilatar as peculiaridades do local para fixar a que distância deverá o agressor manter da ofendida. Imaginemos, por hipótese, uma cidade de pequeno porte, em que o agressor trabalhe em um local próximo ao local de trabalho da ofendida. Expedida a ordem para que o mesmo permaneça afastado dela por uma distância superior à dos locais de trabalho dos dois, o agressor teria que sair do emprego para respeitar a ordem judicial, com prejuízo ao seu próprio sustento. Assim, deverá o magistrado analisar todas essas questões para, ao mesmo tempo, assegurar os direitos da ofendida, mas sem sacrifícios de sobrevivência para o agressor.

Na verdade, a falta de critérios e de possibilidade de fiscalização tornará essas medidas inaplicáveis, sem qualquer resultado prático, fazendo o Poder Judiciário, o Ministério Público e as polícias caírem em descrédito. A suspensão da posse ou restrição do porte de armas (inciso I do art. 22) é medida que visa a evitar a prática de crimes mais graves, como o homicídio. Em relação às carreiras que utilizam armas de fogo, como os policiais, afirma Nucci (2006, p. 879) que “[...] se o juiz decretar a medida de restrição do porte, em face da agressão à mulher, deve o superior hierárquico zelar para o efetivo cumprimento da ordem, sob pena de responsabilização criminal”. O dispositivo permite que o Juiz restrinja o direito de visitas do agressor aos dependentes menores (IV) e fixe verba alimentar (V). Tais medidas são eminentemente de natureza cível, sendo dificultoso ao juiz da vara criminal sopesar todas as circunstâncias para fixar alimentos, sem qualquer pedido ou o mínimo de cognição. São medidas, com o devido respeito, teratológicas. A restrição ao direito de visitas aos filhos menores é medida extrema, dificilmente adotada pelas varas de família, sendo que nessas, há um processo de cognição.

O que se depreende é que a mulher procurará a autoridade policial, lavrará um simples boletim de ocorrência, e poderá pedir o afastamento do lar, a fixação de distância do suposto agressor, proibição de visitas aos filhos e fixação de alimentos, sem que a jurisdição seja devidamente provocada e sem o mínimo de suporte probatório para supedanear o juiz em sua decisão. Determinada a restrição ao direito de visitas (sem provocação da autoridade judiciária), quem teria competência para revogar a medida? O próprio juiz da vara criminal que deferiu a medida? O juiz da vara de família, em processo de cognição? E os alimentos, fixados pelo juiz criminal, serão executados também na vara criminal ou na vara de família?

Entendemos que, uma vez deferidas as medidas de restrição de direito de visitas e fixação de alimentos, como as mesmas possuem caráter nitidamente cautelar, as demais questões devem ser resolvidas na vara cível. Nestas, como haverá a cognição, o juiz poderá aquilatar os elementos coligidos e, através da persuasão racional, decidir de forma mais consentânea.

9. Considerações finais sobre a lei de violência doméstica

Depreende-se que a Lei Maria da Penha se trata de mais uma lei simbólica, com o escopo de fazer crer que, a partir da entrada em vigor do diploma legal, haverá diminuição dos casos de violência contra a mulher. O que deveria ser feito é a adoção de políticas públicas que visem a evitar a prática de violência doméstica. Há necessidade de se investir nas polícias, no Judiciário e no Ministério Público, na Defensoria Pública, na criação de equipes multidisciplinares, enfim, na criação de uma estrutura para que seja minimizada a questão da violência doméstica.

Do contrário, a simples edição de uma lei será inócua e fará o Judiciário, o Ministério Público e a polícia caírem em descrédito perante a sociedade. Finalizando, concordamos com a Moção aprovada durante o 3º Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais Criminais do Estado do Rio de Janeiro, relativa à Lei nº 11.340/06:

Os juízes de Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, reunidos entre os dias 1 e 3 de setembro de 2006, resolvem aprovar a presente moção de preocupação pela forma assistemática e acientífica com que têm sido redigidas várias leis penais e processuais penais nas últimas legislaturas. Entre estas, e motivo principal desta manifestação, estão as duas últimas leis aprovadas pelo Congresso Nacional, as Leis nº 11.343/06 - de tóxicos - e 11.340/06 - de violência doméstica, que têm sérias imperfeições técnicas que comprometem a sua exequibilidade. A sucessão de leis imperfeitas frustra a sociedade e aumenta o sentimento de desesperança. Urge uma completa revisão das leis penais e processuais penais e que os projetos de futuras leis destas naturezas recebam a contribuição das universidades e de órgãos de classe envolvidos na sua aplicação.

10. Referências bibliográficas

ANSANELLI JUNIOR, Ângelo. A transação penal e os crimes de ação penal privada. *Boletim do ICP*, n. 44, p. 5-7, mar. 2004.

BATISTA, Antonio. *Nova lei contra violência doméstica: como combater os retrocessos com avanços*. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/imprimir.jsp?idObjeto=2069>. Acesso em: 24 set. 2006.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A violência doméstica na Justiça. *Juristas.com.br*, João Pessoa, a. 3, n. 92, 19 set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=2075>. Acesso em: 24 set. 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações à Lei 8.072/90*. São Paulo: RT, 1994.

GOMES, Luiz Flavio. Lei da Violência Doméstica Contra a Mulher: Renúncia e Representação da Vítima. *Juristas.com.br*, João Pessoa, a. 3, n. 92, 18 set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/revista/cluna.jsp?Idcoluna=2067>>. Acesso em: 26 set. 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999.

NOGUEIRA, Fernando César Brito. *Notas sobre a Lei 11.340/06, de proteção à mulher*. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=31333#. Acesso em: 24 set. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SANTIN, Valter Foletto. *Igualdade constitucional na violência doméstica*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 3 out. 2006.

SAMPAIO, João Paulo de Aguiar; FONSECA, Tiago Abud da. Aplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. *Boletim do IBCCRIM*, n. 168, nov. 2006.

SOUZA, Cláudio Calo. *Lei 11.340: violência doméstica e familiar, brevíssimas reflexões, algumas perplexidades e aspectos inconstitucionais*. Disponível em: <http://www.masterjuris.com.br/ARTIGOview.asp?key=26>. Acesso em: 24 set. 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.